

Marché intérieur (Libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et liberté d'établissement)

(Janvier 2010 – Juillet 2010)

Anne-Lise SIBONY

Professeur de droit européen,

Co-directrice de l'Institut d'études juridiques européennes (IEJE), Université de Liège

Chargée de cours invitée à l'université Catholique de Louvain

Alexandre DEFOSSEZ

Assistant à l'Institut d'études juridiques européennes (IEJE), Université de Liège

L'actualité marché intérieur du premier semestre 2010 est marquée par des petits pas. Pas de grand aboutissement législatif ni de grand arrêt, mais un important rapport, qui trace des perspectives d'avenir : le rapport Monti (1) (I) et des arrêts dans lesquels on peut déceler une certaine faveur de la Cour pour un droit des Etats membres à la différence (II).

I. – LE RAPPORT MONTI : PERSPECTIVES D'AVENIR POUR LE MARCHÉ INTERIEUR

La commande du président Barroso à Mario Monti était claire : comment faire à nouveau du marché intérieur une priorité politique ? L'importance du marché unique pour la compétitivité de l'économie européenne et pour le projet politique de l'Union n'est plus à démontrer, c'est une prémisse. Dans la question posée au professeur Monti, le terme important était donc « comment ».

(1) M. Monti Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européennes, rapport au président de la Commission européenne José Manuel Barroso, 9 mai 2010, 122 p., disponible sur le site de la Commission : http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_fr.pdf (1^{er} juill. 2010).

Le rapport, rendu le jour de l'anniversaire du célèbre discours de Robert Schuman (9 mai), est issu d'une vaste consultation qui a nourri les réflexions de son auteur. Celles-ci partent du constat selon lequel le marché intérieur présente à l'heure actuelle une caractéristique « déroutante » : « moins populaire que jamais, il est pourtant plus nécessaire que jamais » (2). Mario Monti s'attache donc dans un premier temps à caractériser les attitudes hostiles ou – plus souvent – réservées à l'égard du marché unique. Il relève que, parmi les gouvernements et les parties prenantes du marché intérieur, nombreux sont ceux qui n'y sont pas hostiles, mais considèrent que le marché unique ne fait pas assez grand cas de certains objectifs. Pour les uns, il s'agit d'environnement, pour d'autres, de protection des consommateurs : la liste des intérêts spécifiques est évidemment longue (3). La conviction de l'auteur du rapport est qu'il n'est plus possible de poursuivre l'intégration sans faire droit à ces préoccupations.

Bien que la construction de ce marché fasse partie intégrante du projet européen depuis ses origines, Mario Monti observe une certaine « lassitude du marché », nourrie par la crise économique, qui s'ajoute au « ralentissement de l'intégration » présent depuis plus longtemps (4). C'est pourquoi il considère que le contexte actuel est moins favorable à la promotion du marché unique que celui qui prévalait à l'époque de l'initiative de Jacques Delors, au milieu des années 1980. Il propose donc une stratégie « proactive » déclinée en trois types d'initiatives : les premières sont destinées à renforcer le marché unique (chap. 2), les deuxièmes à faire émerger un consensus qui ne peut plus être postulé (chap. 3) et les troisièmes à améliorer la mise en œuvre des règles du marché unique (chap. 4). Le rapport se clôt sur la recommandation d'une initiative politique (chap. 5).

Il n'est pas possible de rendre compte ici en détail de toutes propositions de ce rapport. On se bornera à évoquer celles qui relèvent tout particulièrement du champ de cette chronique (5). Si les propositions relèvent d'une approche intégrée, elles sont également inspirées par le souci de répondre à des préoccupations précises. Sont ainsi identifiés des domaines d'action parfois très précis, comme « un marché unique pour les automobilistes » (6) ou un mécanisme européen de recours collectif (7). Plusieurs propositions visent à permettre aux consommateurs de tirer parti du marché unique. En matière bancaire par exemple, il est suggéré d'améliorer la transparence sur les frais bancaires et de garantir la disponibilité d'informations comparables (8). Le même type de démarche se retrouve en ce qui concerne le marché unique de l'énergie, où le rapport souligne l'intérêt des compteurs intelligents, permettant aux consommateurs de connaître précisément leurs habitudes de consommation (9), ce qui est un préalable pour exercer un choix éclairé entre les offres concurrentes.

(2) Rapp. Monti, préc., p. 24.

(3) Un inventaire est proposé, p. 29 s.

(4) Rapp. Monti, préc., p. 26-27.

(5) Il faut par ailleurs signaler des développements sur la « croissance verte », qui touchent à l'énergie, au changement climatique et à l'environnement (p. 54 s.) et sur la dimension fiscale du marché unique (p. 88 s.).

(6) Rapp. Monti, préc., p. 46.

(7) Rapp. Monti, préc., p. 47.

(8) Rapp. Monti, préc., p. 48.

(9) Rapp. Monti, préc., p. 54.

Les consommateurs ne sont pas les seuls à faire l'objet de l'attention du rapporteur. Une série de mesures envisagées visent les PME, dont il est indiqué que seules 8 % sont engagées dans des liens commerciaux transfrontières (10). On relèvera notamment l'appel à faciliter l'accès des acteurs privés en général et des PME en particulier au processus de normalisation, dont le fonctionnement est jugé inefficace (11). Le rapport souligne par ailleurs qu'il est impératif de « sortir de l'impasse » dans le dossier du brevet européen, instrument juridique dont les PME, notamment, ont le plus grand besoin (12).

Sur un plan sectoriel, l'accent est mis sur la création d'un marché unique du numérique, dont il est indiqué qu'il recèle un gisement de croissance de l'ordre de 4 % du PIB de l'Union (13). Dans ce secteur, parmi différentes pistes concernant la gestion des droits d'auteurs, on notera qu'est mentionnée la nécessité d'améliorer la transparence et la bonne gouvernance des systèmes de gestion collective de ces droits (14). Dans le secteur des services, outre la mise en œuvre de la directive services, le rapport souligne l'urgence qu'il y a à adopter la directive sur les soins de santé. Il est vrai que pour l'instant ce secteur reste régi par les droits nationaux et par la jurisprudence, qui ne favorise pas la convergence (V. II, *infra*).

En ce qui concerne la libre circulation des capitaux, le professeur Monti insiste tout d'abord sur la nécessité d'établir une surveillance unique pour le marché des capitaux plutôt que de laisser le marché unique fragmenté par les surveillances multiples. Il expose aussi, avec une conviction toute particulière, les intérêts multiples qui s'attacheraient à la création d'un marché d'euro-obligations. De tels instruments permettraient notamment des financements pan-européens de long terme pour les entreprises et pour les projets d'infrastructures, offriraient des opportunités de placement pour les fonds de pension européens et les investisseurs étrangers qui ne sont pas intéressés par les « petites » émissions nationales (15).

Sur le plan des techniques d'approfondissement du marché intérieur, on peut noter la faveur accordée à la technique du 28^e régime, consistant à proposer un régime juridique européen unifié, qui peut être choisi par les intéressés sans se substituer aux droits nationaux. Ce type de régime caractérise pour l'instant la société européenne. Il est envisagé explicitement en matière de droits des contrats dans le récent livre vert de la Commission (16). Dans le rapport, il est préconisé dans le domaine des droits à pension complémentaire, domaine dont la mauvaise coordination se fait au détriment des travailleurs mobiles (17).

Dans la partie plus politique du rapport, consacrée à la recherche d'un consensus sur le marché unique, Mario Monti aborde la question difficile de l'articulation des libertés économiques avec les droits des travailleurs après les affai-

(10) *Ibid.*

(11) Rapp. Monti, préc., p. 59.

(12) Rapp. Monti, préc., p. 60.

(13) Rapp. Monti, préc., p. 50.

(14) Rapp. Monti, préc., p. 52.

(15) Rapp. Monti, préc., p. 69 s.

(16) Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1^{er} juill. 2010, COM (2010) 348 final, p. 9. V. dans ce numéro la chronique de C. Aubert de Vincelles.

(17) Rapp. Monti, préc., p. 66.

res *Vicking* et *Laval* (18). A cet égard, il prend appui sur les modifications introduites par le traité de Lisbonne dans le droit primaire, à savoir, d'une part, la valeur reconnue au droit de grève depuis que la Charte a acquis la même valeur juridique que les traités et, d'autre part, l'objectif d'une « économie sociale de marché hautement compétitive » désormais mentionné parmi les objectifs de l'Union (art. 3, § 3, UE). Il se demande si la directive sur le détachement des travailleurs continue de fournir une base adéquate pour gérer les flux croissants de travailleurs transfrontaliers (19), mais conclut qu'il faut à tout le moins en améliorer le fonctionnement par des mécanismes d'information et de coopération administrative. Il est en outre suggéré d'adopter une disposition de droit dérivé permettant de garantir l'exercice du droit de grève (20).

En ce qui concerne les services d'intérêt général, le rapport se fait l'écho des craintes des pouvoirs publics devant l'insécurité juridique du droit européen. Le rapport recommande à cet égard que la Commission adopte en matière de marchés publics une démarche similaire à celle qui a été mise en œuvre en matière d'aides d'Etat, c'est-à-dire une simplification et un assouplissement des règles (21). Mario Monti recommande aussi de consacrer, sur la base de l'article 14 TFUE (services d'intérêt économique général), un droit à un certain nombre de services bancaires de base (22) et possiblement à une connexion internet haut débit, au titre des obligations de service universel en matière de communications électroniques (23). En ce qui concerne les règles relatives aux marchés publics, il est suggéré que le réexamen actuellement en cours prenne en considération l'intérêt qu'il y aurait à donner aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité de poursuivre, à travers les commandes publiques, des objectifs comme la promotion des technologies innovantes, la promotion de la recherche ou encore des objectifs sociaux (24). Dans une veine similaire, on relèvera que le professeur Monti déclare que la politique industrielle « n'est plus un tabou » (25).

Du chapitre consacré à la mise en œuvre du droit du marché intérieur, on retiendra principalement la proposition de calquer les pouvoirs de la Commission dans le cadre des procédures d'infraction sur ceux qu'elle détient en matière de concurrence. Il est proposé que la décision de la Commission constatant une infraction crée, pour l'Etat membre destinataire, une obligation immédiate de se mettre en conformité, sans préjudice de son droit de contester la décision de la Commission devant la Cour (26). Mario Monti est par ailleurs favorable à la généralisation de l'évaluation mutuelle par les Etats membres de leurs efforts respectifs de mise en œuvre des instruments les plus importants du marché intérieur. Ce mécanisme sera expérimenté cette année à propos de la directive « services » (27).

(18) Rapp. Monti, préc., p. 77 s.

(19) Rapp. Monti, préc., p. 78

(20) Rapp. Monti, préc., p. 80-81.

(21) Rapp. Monti, préc., p. 82-83.

(22) Rapp. Monti, préc., p. 84.

(23) *Ibid.*

(24) Rapp. Monti, préc., p. 87.

(25) Rapp. Monti, préc., p. 96.

(26) Rapp. Monti, préc., p. 110-111.

(27) Rapp. Monti, préc., p. 112.

Ce rapport est donc riche de pistes d'action, tant sur le droit matériel que sur la méthode législative et les mécanismes de mise en œuvre du droit du marché intérieur. Gageons qu'il en sera de nouveau question !

II. — JURISPRUDENCE : AUTOUR DU DROIT DES ÉTATS MEMBRES À LA DIFFÉRENCE

Longtemps, la Cour a tiré tout le parti possible du droit primaire pour intégrer les marchés nationaux et rapprocher au besoin les droits des Etats membres. Aujourd'hui, cette orientation semble marquer le pas. A tout le moins est-il possible de déceler, au sein de la jurisprudence relative aux libertés économiques, une ouverture à la diversité des droits des Etats membres qui paraît plus marquée que par le passé. Sans doute, cette attitude de la Cour n'est-elle pas inédite. Ainsi, dans l'arrêt *Omega*, elle avait jugé que, pour être justifiée, il n'était pas nécessaire qu'une mesure restreignant une liberté garantie par le traité « corresponde à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres » (28). Plus récemment, la Cour a utilisé des formules allant dans le même sens dans des domaines autres que le droit à la dignité humaine (en cause dans l'affaire *Omega*), tels que la protection de la jeunesse, la sécurité routière, l'indemnisation des victimes d'accidents de la route, la protection de l'environnement, la réglementation des jeux et paris (29). On peut voir dans cette ligne de jurisprudence une sorte d'écho au Rapport Monti, qui recommande de « réglementer le marché *ma non troppo* » (30).

Au cours de la période chroniquée, un droit des Etats membres à la différence apparaît principalement dans le domaine des réglementations relatives à la santé publique. L'importance de l'objectif de protection de la santé publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a déjà été soulignée dans notre précédente chronique (31). Une tendance à accueillir favorablement cette justification (32) avait alors principalement été observée dans la jurisprudence relative aux tentatives de « libéralisation » des professions médicales et, surtout, des pharmaciens (33). Les arrêts rendus au cours de la période commentée confirment ce constat et semblent même en étendre la portée. En effet, la préoccupation de la Cour de protéger certaines professions médicales des règles de libre concurrence, dont témoigne l'arrêt *Blanco Perez* rendu par la grande chambre (1), se retrouve également en ce qui concerne la sécurité sociale des Etats membres, à la faveur d'un arrêt *ABPI* (2). On peut donc dire que la Cour renforce, ce faisant, l'autonomie des Etats membres en matière de santé publique au sens large. D'un point de vue technique, plusieurs arrêts illustrent

(28) CJCE 14 oct. 2004, *Omega*, C-36/02, Rec. I-9609, point 37.

(29) V. les arrêts cités *infra* note 45.

(30) Rapp. Monti, préc., p. 105 s.

(31) Cette chronique, RTD eur. 2010. 129-158, spéc. 143 s.

(32) Celle-ci ne se confine pas au secteur ici chroniqué. Ainsi, pour un exemple, dans le domaine de la citoyenneté, V. CJUE 13 avr. 2010, *Bressol e.a. et Chaverot e.a.*, C-73/08, non encore publié au Recueil.

(33) Par ex. : CJCE 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, C-171/07 et C-172/07, Rec. I-417.

la plasticité du contrôle de la cohérence des mesures nationales, qui peut être l'un des véhicules de la reconnaissance de l'autonomie des Etats membres (3).

1. Confirmation d'une jurisprudence « anti-libéralisation » des professions médicales (CJUE gde ch., 1^{er} juin 2010, *Blanco Pérez*, C-570 et 571/07)

L'arrêt *Blanco Pérez* (34) s'inscrit dans une suite, déjà longue, d'arrêts destinés à protéger la profession de pharmaciens des tentatives de libéralisation fondées sur l'application des règles du Traité (35). La volonté de la Cour de ne pas permettre l'instrumentalisation du droit primaire aux fins d'harmoniser le droit des Etats membres dans des domaines où les tentatives de rapprochement des législations par la voie du droit dérivé ont échoué a déjà été soulignée (36). L'arrêt rapporté confirme pleinement que la Cour ne souhaite pas devenir l'institution de libéralisation par « défaut » de l'Union européenne.

Les faits de cette affaire sont relativement complexes. En effet, la législation espagnole prévoit un grand nombre de règles afin d'assurer que, sur l'ensemble du territoire national, l'approvisionnement en médicaments soit assuré. Afin d'atteindre cet objectif, un système d'autorisation préalable à la création de nouvelles pharmacies a été mis en place, ainsi qu'un système de concours de sélection des pharmaciens (37). Plus précisément, s'agissant des règles touchant à la création de nouvelles pharmacies, celles-ci peuvent être résumées comme suit :

- dans chaque « zone pharmaceutique » définie, une seule pharmacie peut être créée par tranche de 2 800 habitants, sauf exception (38) ;

(34) CJUE 1^{er} juin 2010, *Blanco Pérez*, C-570 et 571/07, non encore publié au Recueil.

(35) Sur cette problématique, V. Michel, L'épouvantail du tout marché écarté et la santé publique valorisée, Europe, 2009. comm. 271 et D. Simon, Pharmacie, entre marché et santé publique, Europe, 2009. repère 6.

(36) Euractiv, Statu quo sur les soins de santé en Europe après le rejet de la directive, 4 janv. 2010, <http://www.euractiv.fr> (11 juin 2010).

(37) Les règles de ce concours étaient également contestées. Celui-ci permet aux pharmaciens candidats à l'obtention d'une pharmacie de faire valoir leurs « mérites ». Ceux-ci prennent notamment en compte leur expérience professionnelle et leur parcours académique. Toutefois, en ce qui concerne le concours en cause, les Asturies valorisaient de 20 % l'expérience professionnelle acquise sur le territoire de la principauté. De plus, en cas d'égalité, une priorité est donnée aux pharmaciens exerçant dans les Asturies. Sur ce point, la Cour considère que l'argument de santé publique ne permet pas de justifier une telle différence de traitement. Il ressort tant de la directive 85/432 (JOCE L 253, 24 sept. 1985, p. 34-36) que de la directive 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JOUE L 255, 30 sept. 2005, p. 22-142) « que les titulaires d'un titre de formation universitaire en pharmacie soient habilités à accéder aux activités de préparation, de contrôle, de stockage et de distribution des médicaments dans les pharmacies ouvertes au public ainsi qu'aux activités de diffusion d'informations et de conseils sur les médicaments. Dans ces conditions, [l'exigence de maintien d'un niveau de qualité du service pharmaceutique ne peut] être [invoquée] pour justifier une inégalité de traitement telle que celle en cause au principal » (Arrêt *Blanco Pérez*, préc., point 124). La Cour fait ici une application du principe de la *lex specialis* (dans le même sens, V. CJCE 4 mars 2009, *Commission c/ France*, C-197/08, non encore publié au Recueil ; CJCE 4 mars 2009, *Commission c/ Autriche*, C-198/08, non encore publié au Recueil, CJUE 4 mars 2009, *Commission c/ Irlande*, C-221/08, non encore publié au Recueil et CJUE 24 juin 2010, *Commission c/ Italie*, C-571/08, non encore publié au Recueil).

(38) Les Communautés autonomes peuvent réduire ce nombre dans certains cas spécifiques.

- une pharmacie supplémentaire ne peut être créée que lorsque ce seuil est dépassé. Une nouvelle pharmacie peut alors être créée par tranche de 2 000 habitants ;
- une pharmacie nouvelle doit être établie à une distance minimale de 250 mètres des pharmacies existantes, sauf exception (39).

La Principauté des Asturies, une des 17 communautés autonomes espagnoles, avait lancé, en 2002, une procédure en vue de la création de 24 nouvelles pharmacies. Plusieurs pharmaciens espagnols ont contesté le bien-fondé des règles territoriales et entendaient créer une pharmacie dans cette région sans être soumis aux règles explicitées ci-dessus. Ils soutenaient notamment que ces règles étaient une entrave à la liberté d'établissement garantie à l'article 49 TFUE (40) et ne pouvaient être justifiées au regard d'un objectif de santé publique. La Cour confirme, sans surprise, la première partie de cette analyse. Elle relève ainsi qu'un système d'autorisation préalable « est susceptible de gêner l'exercice, par une telle entreprise, de la liberté d'établissement en l'empêchant d'exercer librement ses activités par l'intermédiaire d'un établissement stable » (41).

Toutefois, la Cour considère que ce système complexe a bien pour objectif la protection de la santé publique (42) et qu'il respecte toutes les exigences tirées du principe de proportionnalité. Il importe ici d'insister sur le statut particulier que la grande chambre donne ce faisant à la santé publique. Celle-ci constitue en effet non seulement une des exceptions visée dans le TFUE mais son rôle fondamental est renforcé par plusieurs autres dispositions du Traité ainsi que la Charte des droits fondamentaux (43). On retiendra surtout que la Cour considère que « la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le Traité » (44), une constatation qui n'est pas nouvelle mais dont la Cour tire d'importantes conséquences.

En effet, ceci justifie qu'une marge de manœuvre large soit laissée aux Etats membres afin de décider des moyens à mettre en œuvre pour atteindre un tel objectif. Un Etat membre peut ainsi parfaitement prévoir des règles de planification territoriale, à l'instar de celles en cause au principal, même si les autres Etats membres n'ont pas choisi cette voie. Comme dans d'autres domaines, la Cour ménage ici aux Etats membres un véritable droit à la différence (45). En

(39) Les Communautés autonomes peuvent réduire cette distance en fonction de la concentration d'habitants.

(40) La directive 2005/36, invoquée également, n'est manifestement pas pertinente en l'occurrence puisqu'elle ne vise pas les règles régissant l'établissement des officines (dir. 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 sept. 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, JOUE 2005 L 255, p. 22-142).

(41) Arrêt *Blanco Pérez*, préc., point 54. La Cour développe ce point en expliquant que « la dite entreprise risque, d'une part, de supporter les charges administratives et financières supplémentaires que chaque délivrance d'une telle autorisation implique. D'autre part, le système d'autorisation préalable exclut de l'exercice d'une activité non salariée les opérateurs économiques qui ne répondent pas à des exigences prédéterminées dont le respect conditionne la délivrance de cette autorisation ».

(42) En l'occurrence, assurer un approvisionnement en médicaments de la population sûr et de qualité.

(43) Art. 168, § 1, TFUE et 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(44) Arrêt *Blanco Pérez*, préc., point 44.

(45) En matière de droits fondamentaux, *Omega*, cité *supra*, note 28 ; en matière de protection des mineurs, CJCE 14 févr. 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, Rec. I-505, point 44 ; en

l'espèce, La Cour considère que cette planification est propre à atteindre un objectif de santé publique, puisqu'elle oblige les pharmaciens à s'installer dans certaines zones moins densément peuplées tout en empêchant un excès de pharmacies dans les zones les plus rentables.

Le fait que cette réglementation limite la concurrence dans les zones densément peuplées ne semble pas être considéré comme pertinent. Aucun principe général n'est invoqué au soutien d'une obligation de l'État membre de préserver la concurrence et les possibilités d'entrée sur le marché de pharmaciens d'autres États membres. En ceci, l'arrêt se distingue de certains arrêts rendus également en matière de liberté d'établissement mais à propos de concessions publiques (46). Un autre arrêt rendu au cours de la période chroniquée paraît confirmer que la Cour semble peu encline à considérer les réglementations prévoyant des distances minimales entre établissements concurrents au regard des principes de concurrence, et ce en dehors même de toute préoccupation de santé publique, puisqu'il s'agissait en l'espèce de station services (47). Il est bien sûr délicat de généraliser à partir de quelques arrêts, mais on peut au moins y relever des indices d'une sensibilité des juges de Luxembourg aux services de proximité.

2. Une jurisprudence favorisant une gestion autonome de la sécurité sociale (CJUE 22 avr. 2010, *ABPI*, C-62/09)

Loin de se cantonner au secteur pharmaceutique, la faveur dont jouit la protection de la santé publique rejaillit dans d'autres domaines touchant à l'organisation des soins de santé. Ainsi, bien plus que les intérêts catégoriels de la profession de pharmacien, la Cour paraît poursuivre une politique cohérente de mise en valeur d'un objectif de protection de la santé publique au détriment de la liberté de circulation.

a) L'autorisation des incitations dans le domaine des médicaments

Ainsi, dans le domaine (sensible) du remboursement des médicaments, la justification tirée de la protection de la santé a permis au Royaume-Uni de justifier son système « d'incitation » financière à destination des médecins (48). L'Association britannique de l'industrie pharmaceutique (l'ABPI) contestait la réglementation mise en place en Angleterre et au Pays de Galles qui permettait de

matière de sécurité routière, CJCE 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, Rec. I-519, point 67 ; en matière de réglementation de l'assurance auto : CJCE 28 avr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-518/06, Rec. I-3491, point 83 (c'est dans cet arrêt que l'on trouve la formule la plus générale) ; en matière de protection de l'environnement CJCE 4 juin 2009, *Michelsson et Roos*, C-142/05, Rec. I-4273, point 36 ; en matière de réglementation des jeux et paris, CJUE 3 juin 2010, *Ladbroke*, C-258/08, non encore publié au Recueil, points 19 et 20 et jurisprudence citée.

(46) V. par ex. CJCE 17 juill. 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, Rec. I-5641, point 58, cette chronique, RTD eur. 2009. 539.

(47) CJUE 11 mars 2010, *Attanasio Group*, C-384/08 non encore publié au Recueil, spéc. point 33. L'une des questions préjudicielles est jugée irrecevable en ce que la juridiction de renvoi interrogeait la Cour sur la compatibilité de cette réglementation avec le principe de concurrence sans spécifier quelles dispositions du traité sur la concurrence étaient pertinentes. La Cour semble ici particulièrement peu encline à reformuler la question, alors qu'elle n'hésite parfois pas à le faire.

(48) CJUE 22 avr. 2010, *ABPI*, C-62/09, non encore publié au Recueil.

promouvoir, au moyen de systèmes d'incitation (49), la prescription de certains produits pharmaceutiques « désignés » au détriment d'autres. Ces médicaments « désignés » sont choisis au sein de chaque classe thérapeutique parce qu'ils contiennent une substance active moins chère que les autres médicaments de la même classe. L'objectif est évidemment d'inciter les médecins à prescrire ces médicaments désignés et, ainsi, de permettre au système de sécurité sociale de réaliser des économies substantielles.

L'ABPI considère que ce système d'incitation est contraire aux dispositions de l'article 94 de la directive 2001/83 (50). Celui-ci interdit, dans le cadre de la promotion des médicaments auprès des personnes habilitées à les prescrire ou à les délivrer, « d'octroyer, d'offrir ou de promettre à ces personnes une prime, un avantage pécuniaire ou un avantage en nature à moins que ceux-ci ne soient de valeur négligeable et n'aient trait à l'exercice de la médecine ou de la pharmacie ». La question de la compatibilité du système anglais avec cette directive était donc posée.

La Cour conclut à la compatibilité, contrairement à l'avis soutenu par l'ABPI et la Commission européenne et aux conclusions de son avocat général (51). La Cour considère en effet que l'article 94 n'est pas d'application s'agissant d'un système de promotion assuré par l'Etat. Selon la Cour, il ressort de l'économie de la directive que cette disposition vise avant tout les promotions à caractère commercial. Or, « d'une manière générale, la politique de santé définie par un Etat membre et les dépenses publiques qu'il y consacre ne poursuivent aucun but lucratif ni commercial. Un système d'incitations financières tel que celui en cause au principal, relevant d'une telle politique, ne saurait donc être considéré comme s'inscrivant dans le cadre de la promotion commerciale de médicaments » (52).

Une telle pratique ne remet pas non plus en cause l'objectif fondamental de la directive, à savoir la protection de la santé publique (53). L'article 168 du TFUE est, comme dans l'arrêt *Blanco Perez*, appelé au soutien de cette conclusion (54). Celui-ci permet aux Etats « d'aménager leurs systèmes de sécurité sociale et pour prendre, en particulier, des dispositions destinées à régler la consommation de produits pharmaceutiques dans l'intérêt de l'équilibre financier de leurs régimes d'assurance de soins de santé » (55). Cette règle spéciale conduit à une formule apparemment plus souple pour les Etats que celle précédemment utilisée par la

(49) V. point 18 de l'arrêt *ABPI*, préc.

(50) Dir. 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 nov. 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, JOCE L 311, p. 67-128.

(51) Conclusions de N. Jääskinen sous arrêt *ABPI*, préc.

(52) Arrêt *ABPI*, préc., point 33.

(53) *Idem*, point 35. « Il est loisible auxdites autorités, dans le cadre des responsabilités qu'elles assument, de déterminer, sur la base d'évaluations des vertus thérapeutiques des médicaments en fonction de leur coût pour le budget public, si, aux fins du traitement de certaines pathologies, certains médicaments contenant une substance active donnée sont, du point de vue des finances publiques, préférables à d'autres médicaments contenant une substance active différente, mais relevant de la même classe thérapeutique ». C'est ce qui distingue l'affaire en cause du précédent *Daamgard* (CJCE 2 avr. 2009, *Frede Damgaard*, C-421/07, Rec. I-2629) où « la diffusion, par un tiers indépendant, d'informations relatives à un médicament était susceptible de nuire à la santé publique, dont la sauvegarde est l'objectif essentiel de la directive 2001/83 » (*Idem*, point 34).

(54) V. *supra*, note 43.

(55) *Idem*, point 36.

Cour en application du droit commun, selon laquelle « il ne saurait être exclu qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave au principe de la libre prestation des services » (56).

La Cour porte en outre quelques précisions bienvenues sur les modalités de mise en œuvre d'un tel système d'incitation, notamment afin de préserver l'effet utile des directives applicables en ce domaine (57). Tout d'abord, ce système doit s'appuyer sur des critères objectifs qui permettent d'écarter tout risque de discrimination entre les médicaments nationaux et ceux provenant d'autres Etats membres (58). Une obligation de transparence est imposée à l'Etat membre : une publicité du système doit être assurée ainsi qu'une mise à disposition des professionnels de la santé et de l'industrie pharmaceutique des évaluations établissant l'équivalence thérapeutique entre les substances actives faisant l'objet dudit système (59). Enfin, réserve d'importance, « de telles pratiques d'incitations financières [...] ne sauraient porter atteinte à l'objectivité dont [...] doit faire preuve le médecin en effectuant une prescription à l'égard d'un patient déterminé » (60). Déontologiquement parlant, cette réserve paraît en effet indispensable !

b) Le remboursement des soins « inopinés »

Dans un autre domaine sensible, le remboursement des soins effectués à l'étranger, cet objectif de protection de la santé publique a permis de sauvegarder le système espagnol de sécurité sociale (61). Le recours en manquement initié par la Commission européenne dans cette affaire faisait suite à une plainte déposée par un citoyen français. Celui-ci, affilié à la sécurité sociale espagnole, s'était vu refusé le remboursement de frais médicaux laissés à sa charge suite à une hospitalisation intervenue durant un séjour en France.

Cet arrêt posait tout d'abord de difficiles questions sur les relations entre le règlement n° 1408/71 (62) et les règles du Traité relatives à la libre prestation de services, ici, la liberté de recevoir des soins hospitaliers dans un autre Etat membre. En l'occurrence, la Cour considère que « la libre prestation de services englobe la liberté d'un affilié établi dans un Etat membre de se rendre, par exemple, en qualité de touriste ou d'étudiant, dans un autre Etat membre pour un séjour temporaire et d'y recevoir des soins hospitaliers » (63). Dès lors, l'application du règlement n'exclut pas une application « parallèle » de la libre

(56) V. CJCE 16 mai 2006, *Watts*, C-372/04, Rec. I-4325, point 103 et jurisprudence citée.

(57) En l'occurrence, la directive 89/105/CEE du Conseil, du 21 déc. 1988, concernant la transparence des mesures régissant la fixation des prix des médicaments à usage humain et leur inclusion dans le champ d'application des systèmes d'assurance maladie, JOCE 1989 L 40, p. 8-11.

(58) Arrêt *ABPI*, préc., point 37.

(59) *Idem*, point 38.

(60) *Idem*, point 39.

(61) CJUE 15 juin 2010, *Commission c/ Espagne*, C-211/08, non encore publié au Recueil.

(62) Règl. (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JOCE 1979 L 149, p. 2-50. Remplacé depuis mai 2010 par règl. (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avr. 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JOUE L 166, p. 1-12.

(63) Arrêt *Commission c/ Espagne*, préc., point 52.

prestation de services. Cette méthode est bien connue depuis l'arrêt *Watts* (64), mais elle complexifie le raisonnement ultérieur de la Cour puisque celle-ci va sans cesse jongler entre les deux niveaux de réglementation. L'adoption d'une directive sur les soins de santé, telle que suggérée dans le rapport Monti, permettrait certainement de simplifier ce raisonnement.

La Cour distingue la situation en cause du précédent dans l'affaire *Watts*. Sont en effet ici concernés des soins hospitaliers « inopinés » (65), intervenus durant un séjour, et non des soins hospitaliers « programmés » (66), prévus à l'avance. Recevoir des soins n'est pas, dans un tel cas, l'objectif du déplacement. Si, en cas de soins programmés, un niveau de couverture aussi avantageux que celui accordé en vertu du système national de soin de santé doit être garanti à l'affilié par l'Etat membre en vertu des obligations découlant à la fois du règlement et de la libre prestation de services, ce n'est pas le cas, selon la Cour, en cas de soins inopinés.

La Cour se fonde pour ce faire sur un raisonnement basé sur la prévisibilité du coût de l'hospitalisation. Les soins programmés permettent une prévision d'un tel coût. Dès lors, une différence de remboursement a une incidence décisive sur le choix de se faire opérer à l'étranger ou non. Tel n'est pas le cas de soins inopinés reçus lors d'un déplacement touristique ou éducatif, pour lesquels le coût n'intervient pas dans la décision du patient (67). Dès lors, une divergence de remboursement n'entre pas en ligne de compte et n'a pas d'incidence sur la fourniture de services hospitaliers dans un autre Etat membre (68). Ici, comme dans d'autres domaines, la Cour s'attache à l'incidence prévisible de la règle en cause sur le comportement des consommateurs (69).

Pour renforcer cette conclusion, la Cour ajoute, à l'instar des arrêts *Blanco Pérez* et *ABPI*, que les articles 135 et 168 TFUE donnent une large marge de manœuvre aux Etats membres afin d'aménager leur système de santé publique et sécurité sociale. La Cour se montre ainsi sensible aux arguments développés par certains Etats membres étant intervenus dans l'affaire sur l'incidence financière énorme que représenterait l'obligation de rembourser tous les soins inopinés encourus dans un autre Etat au tarif le plus avantageux pour l'affilié (70).

La Cour considère également que l'économie du règlement (CEE) n° 1408/71 s'oppose à une telle obligation. Ce règlement, et plus précisément son article 22, repose, selon la Cour, sur un système de « compensation globale des risques ». Ainsi, « les cas dans lesquels les soins hospitaliers inopinés prodigués à un affilié lors de son séjour temporaire dans un autre Etat membre exposent, par l'effet de l'application de la réglementation de celui-ci, l'Etat membre d'affiliation à une prise en charge financière plus élevée que si ces soins avaient été dispensés dans l'un de ses établissements, sont censés être globalement contrebalancés par les cas dans lesquels, au contraire, l'application de la réglementation de l'Etat

(64) CJCE 16 mai 2006, *Watts*, C-372/04, Rec. I-4325.

(65) Visés selon la Cour, à l'art. 22, § 1, a) règl. n° 1408/71, préc.

(66) Visés selon la Cour, à l'art. 22, § 1, c) règl. n° 1408/71, préc.

(67) Arrêt *Commission c/ Espagne*, préc., point 64.

(68) *Idem*, point 65.

(69) Cependant, en matière de libre circulation des marchandises, CJCE 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, Rec. I-519, point 56, cette chronique, RTD eur. 2010. 134.

(70) *Idem*, points 76 s.

membre de séjour conduit à faire peser sur l'Etat membre d'affiliation une charge financière, pour les soins hospitaliers en cause, moins élevée que celle qui aurait découlé de l'application de sa propre réglementation » (71). Une fois de plus, des considérations liées à l'autonomie des Etats membres dans l'organisation de leur système de sécurité sociale et dans la poursuite d'objectifs de santé publique justifient une large marge de manœuvre de ces derniers.

3. Le contrôle de la cohérence des mesures nationales aménagé en faveur de l'autonomie des Etats membres ; arrêts Blanco Pérez et Ladbroke (CJUE gde ch., 1^{er} juin 2010, Blanco Pérez, C-570 et 571/07 et CJUE 3 juin 2010, Ladbroke, C-258/08)

Sur le plan de la technique juridique, ou des méthodes par lesquelles la Cour ménage l'autonomie réglementaire des Etats membres, on peut rapprocher l'arrêt *Blanco Perez*, déjà exposé (*supra* 1) et un arrêt *Ladbroke*, rendu en matière de jeux et paris. Dans les deux cas, la Cour était amenée à examiner le caractère cohérent et systématique d'une mesure nationale et dans les deux cas, le contrôle de cohérence est assez souple pour laisser aux Etats une large liberté réglementaire.

Dans l'affaire des pharmaciens espagnols, la Cour effectue une vérification approfondie de la cohérence entre les moyens et les fins de la réglementation espagnole. Elle relève notamment que l'application systématique des trois règles de base exposées *supra* ne suffit pas toujours à atteindre l'objectif légitime d'approvisionnement. Ainsi, dans certaines zones très peu peuplées, une limite de 2 800 habitants peut se révéler trop élevée pour assurer une densité optimale de pharmacies. De même, une limite de 250 mètres, dans certaines zones très peuplées, peut avoir pour conséquence qu'une pharmacie couvre en fait une population largement supérieure à 2 800 habitants. La CJUE note toutefois que la législation espagnole prévoit diverses possibilités de dérogation, décidées au niveau des Communautés autonomes, à l'application strictes de ces règles. Pour cette raison sans doute, elle s'en remet, pour l'appréciation concrète de la portée de ces exceptions, à la juridiction de renvoi (72). Eu égard au caractère détaillé des informations qui étaient à sa disposition, on peut néanmoins s'étonner du fait que la Cour estime nécessaire de renvoyer cette appréciation concrète à la juridiction nationale, et ce sans lui donner d'autres indications.

Enfin, il reste à la CJUE à vérifier si la réglementation espagnole ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi et s'il n'existe pas de mesures moins attentatoires à la liberté d'établissement. La Commission et les requérants faisaient valoir qu'un système dit *a minima* (c'est-à-dire fixant un nombre minimum de pharmacies par zone géographique) permettrait d'atteindre aussi bien cet objectif. La CJUE ne partage pas leur opinion : un système *a minima* ne permettrait pas « de canaliser les pharmaciens vers des zones dépourvues de pharmacies dans quelque région que ce soit. En effet, il ne saurait être exclu que les pharmaciens concernés aient tendance à s'ajouter aux pharmaciens qui se sont installés dans les régions saturées – et donc ouvertes à l'installation libre – au lieu d'envisager une installation dans les régions non sa-

(71) *Idem*, point 78.

(72) CJUE 1^{er} juin 2010, *Blanco Pérez*, C-570 et 571/07, non encore publié au Recueil, point 101.

turées » (73). Ici encore, on ne peut que constater l'apparente indifférence de la grande chambre à toute idée de promotion de la concurrence entre pharmacies. Par cet arrêt, la Cour confirme une jurisprudence qui semble désormais bien établie : la dérégulation des professions médicales ne se fera que de manière exceptionnelle en passant par l'application du droit primaire (74). Ceci découle directement de la marge de manœuvre large dont jouissent les Etats membres.

L'arrêt *Ladbroke* (75) éclaire d'autres aspects du contrôle de cohérence auquel sont soumises les mesures nationales qui poursuivent une exigence impérative d'intérêt général. Dans cette affaire, était en cause une loi néerlandaise assez similaire à la loi portugaise ayant donné lieu à l'arrêt *Liga Portuguesa* (76). Celle-ci réservait à une fondation sans but lucratif (De Lotto) un monopole d'organisation des jeux et paris. Il ne faisait aucun doute que cette loi entravait l'accès au marché néerlandais d'opérateurs établis dans d'autres Etats membres. Les questions soumises à la Cour portaient donc toutes sur l'appréciation du caractère excusable de l'entrave. La juridiction de renvoi avait clairement exposé les buts de la loi, qui visait à « réfréner la dépendance aux paris et lutter contre la fraude » (77). L'appréciation du caractère proportionné de la mesure ne posait pas à cette juridiction de difficulté particulière. En revanche, la Cour de cassation des Pays-Bas éprouvait un doute concernant l'appréciation du caractère cohérent et systématique de la législation en cause. Ce doute paraissait nourri par l'arrêt *Gambelli*, rendu à propos d'une réglementation italienne entravant l'accès au marché des opérateurs de jeux qui était mise en œuvre parallèlement à une politique d'expansion des jeux et paris, au bénéfice du Trésor public (78). En l'espèce le législateur néerlandais cherchait à réfréner l'addiction au jeu mais n'interdisait pas la création de nouveaux jeux ni l'expansion de De Lotto.

La Cour adopte une conception du contrôle de cohérence qui ménage la possibilité pour les Etats d'adopter une politique « d'expansion contrôlée » dans le secteur des jeux de hasard (79). La Cour rappelle qu'une telle politique peut se justifier par le souci de faire échec aux activités illégales de jeux et paris. Comme dans sa jurisprudence antérieure en matière de jeux, elle laisse à la juridiction nationale le soin de porter des appréciations très complexes. Ainsi, le juge national doit-il apprécier le bien-fondé en l'espèce de cette justification, en déterminant si les activités de jeux illégales peuvent constituer un problème aux Pays-Bas (80). Mais comment savoir si ce risque existe lorsqu'il est écarté avec succès par le dispositif national ? Le juge devra-t-il se procurer les statistiques détaillées des consultations spécialisées en addictologie pour tenter de se faire une idée du chiffre noir du jeu occulte ? Le juge national doit aussi apprécier si

(73) *Idem*, point 111.

(74) V. CJCE 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07, Rec. I-1721.

(75) CJUE 3 juin 2010, *Ladbroke*, C-258/08, non encore publié au Recueil.

(76) CJCE 8 sept 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, C-42/07, non encore publié au Recueil, note Lavric, D. 2009. 2218 ; note Clergerie, D. 2009. 2585-2587 ; note Simon, Europe, 2009. comm. 410, p. 22-23 ; note Picod, JCP G 2009, n° 413, p. 12-14 ; note Cassia, JCP G 2009, n° 440, p. 47-51 ; obs. Dawes, RDUE 2009. 565-569 ; obs. Le Berre, Concurrences, 2009, n° 4, p. 196-198 ; F. Peraldi-Leneuf, La Cour de justice et la libéralisation des jeux en ligne : l'exigence de cohérence RTD eur. 2010. 7-29.

(77) Arrêt *Ladbroke*, préc., point 13.

(78) CJCE 6 nov. 2003, *Gambelli e.a.*, C-243/01, Rec. I-13031, spéc. point 69.

(79) Arrêt *Ladbroke*, préc., point 25 et jurisprudence citée.

(80) *Idem*, point 29.

le financement d'activités (en l'occurrence culturelles et sportives) permis par les bénéfices du monopole national des jeux et paris est une conséquence bénéfique annexe ou le véritable but poursuivi par les autorités publiques. La juridiction nationale doit enfin apprécier si les autorités publiques exercent réellement une influence modératrice sur l'opérateur unique des jeux et paris, en limitant la publicité qu'il est autorisé à diffuser et/ou en contrôlant la création de nouveaux jeux de manière proportionnée.

Devant la difficulté de ce contrôle, on ne peut que se féliciter que la Cour, en réponse à une autre question qui lui était soumise dans cette affaire, juge que ce contrôle doit être effectué à propos du cadre réglementaire dans son ensemble mais non à propos de chaque mesure de mise en œuvre. Ainsi, le juge des référés auquel il est demandé d'enjoindre à Ladbroke de bloquer par des moyens techniques la possibilité pour des joueurs de participer à des jeux ou de transmettre par téléphone ou sur internet à partir des Pays-Bas peut continuer à appliquer les conditions normales du référé sans devoir en outre se demander si la mesure qu'il lui est demandé de prononcer est proportionnée au regard de l'entrave qu'elle crée pour l'opérateur concerné (81).

(81) *Idem*, point 50.